

Naruszenie wizerunku przy wykorzystaniu technologii deepfake - analiza prawna i praktyczna

BODANKA, OSKAR



OSKAR BODANKA oskar.bodanka@kul.pl
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II,
Polonia

The Opole Studies in Administration and Law
Opole University Press, Polonia
ISSN: 1731-8297
ISSN-e: 2658-1922
Periodicity: Trimestral
vol. 20, no. 1, 2022
redakcja.osap@gmail.com

Received: 20 April 2022
Accepted: 12 May 2022

URL: <http://portal.amelica.org/ameli/journal/463/4633633001/>

Streszczenie: W artykule przedstawiono rozważania na temat ochrony wizerunku w sytuacji naruszenia przez nowe technologie. Refleksji został poddany problem naruszenia wizerunku przy wykorzystaniu technologii deepfake. W artykule rozstrzygnięto, czym w świetle przepisów prawa jest deepfake, kto ponosi odpowiedzialność za naruszenie wizerunku dokonane za pomocą tej technologii oraz przedstawiono obecnie funkcjonujące podstawowe instytucje prawne służące ochronie wizerunku. Autor przeprowadził analizę źródeł zastanych w stosunku do źródeł prawa. Wykorzystano metodę dogmatyczno-prawną przez zastosowanie odpowiednich przepisów prawa prywatnego, w szczególności prawa cywilnego i autorskiego oraz odwołanie się do orzecznictwa krajowego i poglądów doktryny, która umożliwiła krytyczną analizę przepisów prawa w kontekście ochrony prawa do wizerunku. Przeprowadzona analiza pozwoliła wskazać na podstawowe wątpliwości dotyczące prawidłowości przyjętych w tym zakresie regulacji. Stwierdzono, że z jednej strony przepisy prawa krajowego zapewniają ochronę wizerunku przed utrwalaniem i rozpowszechnianiem w materiałach deepfake'owych, ale z drugiej strony regulacje te mogą powodować poważne wątpliwości w doktrynie oraz rozbieżności w orzecznictwie. Wskazano, że przepisy dotyczące wizerunku oraz ogólnie technologii AI powinny zostać szczegółowo uregulowane w systemie prawnym.

Słowa kluczowe: deepfake, prawo nowych technologii, prawna ochrona wizerunku, głębokie uczenie, I, AI.

Abstract: The article presents considerations on the protection of image in the situation of its violation with the use of new technologies. The problem of image infringement in deepfake technology is discussed. The article presents what, in the eyes of the law, deepfake is, who is responsible for the image infringement made with the use of this technology and the currently functioning basic legal institutions of image protection. The author analyses the existing sources of law; moreover, in relation to the sources, the author uses the dogmatic-legal method by applying relevant provisions of private law, in particular civil law and copyright law. Also, reference to national jurisprudence and doctrinal views enables a critical analysis of the legal regulations in the context of protection of the right of publicity. The practical analysis of current legislation allows pointing out fundamental doubts about the accuracy and correctness of the regulations adopted in this area. It was found that national laws, on the one hand, provide protection of the image from being captured and disseminated in deepfake materials; on the other hand, these regulations may cause serious doubts in the doctrine and discrepancies in interpretation of the law. It has been

concluded that rules on image and AI technology in general should be regulated in detail by the legal system.

Keywords: deepfake, law of new technologies, legal protection of image, deep learning, AI.

Wprowadzenie

W ciągu ostatnich kilku lat możliwości upowszechniania wizerunku znacznie się rozwinęły, na co główny wpływ ma Internet i odpowiednie platformy społecznościowe (na przykład: Facebook, Instagram, Twitter czy TikTok), które zapewniają użytkownikom możliwość publikacji treści według własnego uznania. Współcześnie wizerunek wykorzystywany jest w celach komercyjnych, stanowiąc tym samym markę osobistą. Jednocześnie wzrosło ryzyko naruszenia wizerunku przez nowe technologie. Taką technologią jest deepfake. Na potrzebę niniejszych rozważań przyjęto założenie o charakterze niemajątkowym wizerunku w obowiązujących ustawach. Uznano tym samym próby dokonywania wykładni, zgodnie z którą wizerunek bądź prawo do wizerunku miałyby charakter majątkowy, za wykładnię *contra legem*. Należy stwierdzić, że polski system prawny na gruncie prawa prywatnego nie zapewnia odpowiedniej ochrony wizerunku, w szczególności w kontekście naruszeń przy wykorzystaniu nowych zjawisk technologicznych.

W pracy zwrócono uwagę tylko na analizę ochrony prawa do wizerunku na gruncie prawa prywatnego ze szczególnym uwzględnieniem prawa autorskiego. Problematyka ta powoduje wiele wątpliwości praktycznych i teoretycznych. Zagadnienie to pozostaje aktualne także w kontekście projektu unijnego rozporządzenia Komisji Europejskiej ustanawiającego zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji (Wniosek w sprawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji: 2021), w tym między innymi technologii deepfake. W celu uzasadnienia powyższej tezy należy dokonać analizy następujących zagadnień: Czym jest deepfake w obecnych i proponowanych przepisach prawa? Jakie dobra chronione narusza stworzenie deepfake'a? Jak należy rozumieć wizerunek na gruncie prawa prywatnego? W jaki sposób system prawny zapewnia ochronę wizerunku? Jaki charakter ma naruszenie wizerunku przy użyciu technologii deepfake? Kto jest odpowiedzialny za naruszenie wizerunku przy wykorzystaniu technologii deepfake?

Badania zawarte w artykule przyczyniają się do pełniejszego zrozumienia rozwijających się zjawisk technologicznych oraz związanych z nimi trudności wykładni przepisów prawa w kontekście ochrony wizerunku. Głównym celem artykułu jest przedstawienie możliwości ochrony wizerunku w sytuacji naruszenia go przy wykorzystaniu technologii deepfake, a także zwrócenie uwagi na brak odpowiednich uregulowań prawnych. Niniejsze opracowanie obejmuje pięć szczegółowych punktów, wyodrębnionych w odniesieniu do analizowanego zagadnienia, a mianowicie: analiza pojęcia i geneza zjawiska deepfake, rodzaje technologii deepfake, rozważania nad ujęciem deepfake'a w prawie, omówienie koncepcji prawa do wizerunku oraz środków ochrony wizerunku oraz ocena prawna naruszenia wizerunku z wykorzystaniem technologii deepfake. Artykuł

obejmuje analizę źródeł zastanych. W stosunku do źródeł prawa przeprowadzona zostanie ich analiza prawna metodą dogmatyczno-prawną, która umożliwi krytyczną analizę przepisów prawa w kontekście ochrony prawa do wizerunku.

1. Istota technologii deepfake

Deepfake'owe nagrania pojawiły się w sieci około 2017 r. Deepfake jest rodzajem technologii, za pomocy której tworzyć można zmodyfikowane materiały audio, video, audio i video. Technologia ta wykorzystuje sztuczną inteligencję (dalej: AI), która używając algorytmów sieci GAN, tworzy określone treści. W literaturze pojęciem deepfake nazywa się również treści stworzone przez AI. Zasadniczym celem istnienia deepfake'a jest przekazanie konkretnej informacji określonemu odbiorcy (grupie odbiorców), w związku z czym skutkiem stworzenia deepfake'a będzie również każdorazowo jego rozpowszechnienie. Treść tworzona jest na podstawie już istniejących nośników informacji dostępnych w internecie (zdjęcia, filmy, dźwięk). Deepfake może zostać stworzony w technologii uczenia maszynowego (większy wkład użytkownika w stworzenie treści) lub technologii głębokiego uczenia (AI samodzielnie tworzy treść). Co do zasady deepfake będzie dotyczył wizerunku najczęściej człowieka, choć nie zawsze (Flaga- -Gieruszyńska, Gołaczyński, Szostek [red.] 2019: 104–105). Deepfake również może podlegać powielaniu i rozpowszechnianiu w serwisach internetowych podobnie jak inne tego rodzaju modyfikacje (Dwa razy więcej deepfake'ów w internecie. Jak się przed nimi bronić?: 2019). Popularyzacji technologii deepfake sprzyjają także powstające aplikacje typu *open source*, w tym najbardziej znana – FakeApp, która wykorzystuje wprowadzone zdjęcia do przetwarzania deepfake'ów. Aplikacja w ciągu pierwszych dwóch miesięcy od publicznego udostępnienia została pobrana ponad 120 000 razy (Here Come the Fake Videos, Too: 2018). Skala ta obrazuje zainteresowanie wśród użytkowników tą technologią.

2. Rodzaje deepfake'ów

W przestrzeni publicznej pojęciem deepfake zbiorczo określa się grupę komputerowych twórców, należy jednak zwrócić uwagę, że w zależności od wykorzystanej technologii (programów, aplikacji), deepfake'i będą się różnić. Zaczniemy od tego, że deepfake może mieć aspekt zarówno użyteczny – zastosowanie w reklamach czy w filmach (Deepfake for Marketing: This Israeli Startup Sells Synthetic Characters of Real People: 2021), jak i nieużyteczny, szkodliwy. Warto zwrócić uwagę na kontrowersyjną aplikację DeepNude, która umożliwiała użytkownikom „usunięcie ubrań” osoby widocznej na zdjęciu (Koniec DeepNude'a. Twórcy aplikacji do rozbierania kobiet wygaszają projekt: 2019). Przy uwzględnieniu tego zastrzeżenia dzieli się je ze względu na kryterium emocji odbiorcy. Przykładowo I. Dąbrowska wyróżnia tematyczne ze względu na ładunek emocjonalny, jaki mają dostarczyć odbiorcy: rozrywkowe, edukacyjne, dezinformacyjne i dyskredytacyjne. Rozrywkowe odwołują się do popkultury, ich bohaterami są przeważnie postacie anonimowe i fikcyjne. Edukacyjne mają na celu edukowanie odbiorcy poprzez pobudzanie wyobraźni (np. w sztuce czy historii). Dezinformacyjne mają na celu wywołanie niepokoju społecznego. Celem dyskredytacyjnych jest ośmieszenie danej osoby w oczach odbiorcy (Nierenberg 2020: 96–97).

Według kryterium zastosowanej technologii dzieli się je na deepfake'i audio i wideo (Deepfake o deepfake: 2021). W zakresie audio deepfake'ów wyróżnia

się *speech synthesis* (z ang. synteza mowy) – polega na odtworzeniu modelu głosu (w tym intonacji, akcentu, tonu głosu); program sztucznie odczytuje wskazany tekst głosem osoby, której głos jest podrabiany (Balyan, Agrawal, Dev 2013: 57–58). W przypadku deepfake’ów wideo wskazuje się na: *face reenactment*, *face swap*, *face generation* (Deepfake o deepfake: 2021). Pierwszy, *face reenactment* (z ang. *face* – twarz, *reenactment* – przywrócenie, rekonstrukcja), oznacza sterowanie mimiką danej osoby. Program generuje docelową twarz i nakłada na twarz pozoranta (Nirkin, Keller, Hassner 2019: 7184–7186). Kolejny, *faceswap* (z ang. *face* – twarz, *swap* – zamiana), oznacza możliwość zamiany twarzy osoby z jednej fotografii na twarz drugiej osoby i na odwrót. Technologia automatycznie dostosowuje warunki oświetlenia, odpowiednie tekstury (Nirkin, Keller, Hassner 2019: 7184–7186). Ostatni, *face generation* (z ang. *face* – twarz, *generation* – generowanie, produkowanie), polega na tworzeniu ze zbioru zdjęć zupełnie nowych obrazów twarzy (wizerunków) człowieka, nieistniejących w rzeczywistości (Hardie, Fahim, Zeshan 2017: 1–3).

Deepfake zatem to przede wszystkim technologia, narzędzie do tworzenia charakterystycznych nośników informacji. W mechanizmie tworzenia deepfake’a wyróżnić należy dwie zasadnicze właściwości. Deepfake każdorazowo powstaje przy wykorzystaniu AI, przy czym w zależności od rodzaju technologii człowiek (użytkownik programu) może posiadać określony wkład w stworzenie deepfake’a lub nie posiadać takiego wkładu wcale. Niektóre programy wykorzystujące AI umożliwiają dużą autonomiczność AI, o czym świadczą znane w literaturze przykłady tworzenia przez AI chociażby obrazów, muzyki czy nawet prozy. W przypadku deepfake’a każdorazowo człowiek będzie decydował o jego przeznaczeniu i to człowiek będzie decydował o grupie docelowych odbiorców. Z całą pewnością technologia ta może mieć wpływ nie tylko na emocje odbiorców, lecz także na podejmowane przez nich decyzje. W sposób bezpośredni technologia deepfake może powodować w przyszłości problemy przy wielu obecnych i planowanych rozwiązaniach gospodarczych: w bankowości lub rozwiązaniach formalnoprawnych – sporządzenia testamentu ustnego za pomocą środków porozumiewania się na odległość (*videotestament*) i tym podobnych rozwiązań technologicznych, dla których niezbędna jest autoryzacja wizerunku osoby składającej oświadczenie woli; natomiast pośrednio przez wpływanie na konsumentów podejmujących decyzję o wyborze produktu lub zawarciu umowy. Biorąc pod uwagę skalę rozpowszechniania deepfake’owych modyfikacji, przyjąć należy, że wkrótce taka forma przekazywania informacji stawać się będzie elementem szeroko rozumianej kultury masowej, przy czym jej zastosowanie będzie zarówno społecznie użyteczne, jak i szkodliwe.

3. Charakterystyka prawna deepfake

Ustalenie podmiotu odpowiedzialnego za deepfake wymaga wcześniejszego odpowiedniego zakwalifikowania tego zjawiska technologicznego w systemie prawnym. Na gruncie polskiego systemu prawnego należałoby obecnie zastosować *per analogiam* przepisy, które odnoszą się do podobnych zjawisk technologicznych. Charakterystyka deepfake’a skłania do dokonania próby ujęcia prawnego deepfake’a jako utworu w odniesieniu do przepisów prawa autorskiego. Należy krótko przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 Ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej: u.p.a.p.p.): Przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności

twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór). Ustęp 2 przywołanego artykułu zawiera definicję legalną zakresową niepełną, na co wskazuje zwrot „w szczególności”, przepis wymienia jedynie przykładowy katalog utworów (Zieliński 2017: 185–186). W tym kontekście przepisy polskiego prawa autorskiego potencjalnie mają możliwość regulowania nowych utworów (w tym zjawisk technologicznych). Co więcej, sam przepis art. 1 ust. 1 u.p.a.p.p. dość ogólnie określa koncepcję utworu (głównego przedmiotu regulacji ustawy), dalsze przepisy ustawy zawierają konkretyzację m.in. praw autorskich, uprawnień do utworu, utworów wyłączonych z regulacji ustawy oraz przesłanki stosowania polskiego prawa autorskiego (art. 1–5 u.p.a.p.p.). Przedstawiciele doktryny określają utwór jako przede wszystkim dobro niematerialne (Ferenc-Szydełko [red.] 2021: nb. 1). Istnieje ono niezależnie, bez konkretnego nośnika materialnego utworu *corpus mechanicum*, na którym został utrwalony, nawet pomimo zniszczenia (Grzybowski, Kopff, Serda 1973: 103–104). Dodatkowo ogólne sformułowanie definicji utworu ma związek ze znaczeniem kulturowo-filozoficznym twórczości (Ferenc-Szydełko [red.] 2021: nb. 1). Żeby zakwalifikować dane zjawisko jako utwór, musi ono mieć kilka podstawowych cech. Po pierwsze, utwór musi stanowić element kreacji twórczej człowieka, musi to być nowy pomysł zrealizowany przez twórcę, przejaw twórczości ma być faktycznym rezultatem pomysłu twórcy (Szczotka, Poźniak-Niedzielska [red.] 2020: 23). Po drugie, utwór ma mieć oryginalny, indywidualny charakter, być jednorazowym projektem twórczości człowieka, ma być jedyny, niepowtarzalny, różniący się od innych (Ferenc-Szydełko [red.] 2021: nb. 7). Po trzecie, utwór powinien być ustalony w jakiejś postaci – możliwy do spostrzeżenia dla potencjalnego odbiorcy, przy czym nie musi mieć charakteru trwałego (Szczotka, Poźniak-Niedzielska [red.] 2020: 25), w tym również zdadnego do odtworzenia przez odbiorcę w dowolnym czasie, a jedynie musi być na tyle efektywny, żeby pozostać w pamięci odbiorcy (sygn. akt I CR 91/73). Po czwarte, dla ustalenia, czy coś jest utworem, nie ma znaczenia jego wartość, poziom intelektualny ani przeznaczenie utworu (Szczotka, Poźniak-Niedzielska [red.] 2020: 25–26). Wreszcie, utworem w rozumieniu ustawy jest nawet takie dzieło, które z obiektywnego punktu widzenia powoduje niechęć czy odrazę w odczuciu odbiorców (Ferenc-Szydełko [red.] 2021: nb. 29). Zastanawiające jest zatem, czy wobec wyżej przedstawionych poglądów wygenerowany przez program deepfake wykorzystujący technologię uczenia maszynowego można uznać za utwór. Decydujące znaczenie będą miały dwie ze wskazanych przesłanek – przesłanka oryginalności oraz przesłanka procesu twórczego dokonanego przez człowieka. Podstawowym, koniecznym elementem składowym deepfake’a jest zdjęcie (liczba zdjęć) lub materiał wideo, przy czym to nie autor wykonuje czynności twórcze, tylko odpowiednie algorytmy programu komputerowego. Czynności osoby obsługującej program ograniczają się jedynie do zgromadzenia wymaganej liczby zdjęć i wprowadzenia ich do systemu, co stanowi czynność techniczną, która nie może być uznana za proces twórczy (Flaga-Gieruszyńska, Gołaczyński, Szostek [red.] 2019: 91). Zastanawiająca jest kwestia dodawania kolejnych modyfikacji (będących pomysłem użytkownika aplikacji – człowieka) do stworzonego przez program deepfake’a, w tym celowego dobierania określonych zdjęć do programu, czy też łączenia odpowiednich kolorów, tekstur

czy wizerunków, dodania wybranej oprawy dźwiękowej do gotowego deepfake'a, stworzenie tekstu, który wypowiada deepfake'owe nagranie. Zastanowić się także należy nad większym wkładem w stworzenie deepfake'a w związku z użyciem charakterystycznego programu tak jak przykładowo przy użyciu oprogramowania DeepFaceLab. DeepFaceLab jest to rodzaj oprogramowania – narzędzia pomocnego twórcy przy tworzeniu deepfake'ów. Program daje twórcy możliwość pełnej kontroli (użytkownik samodzielnie kieruje programem), wymaga określonych umiejętności, a także posługiwania się programami dodatkowymi. Twórca bierze aktywny udział na każdym etapie tworzenia deepfake'a (Petrov, Gao, Chervoniy, Liu, Marangonda, Umé, Jiang, Zhang, RP, Wu, Zhang 2020: 1–3). Należy zatem odróżnić deepfake'i tworzone za pomocą szablonów w postaci programów, aplikacji, tworzenie deepfake'ów przy użyciu szablonów z jednoczesnym dodaniem określonych modyfikacji oraz stworzenie oryginalnego programu zawierające zaprogramowane algorytmy do generowania deepfake'ów zawsze tej samej treści. W pierwszym przypadku bezsprzecznie zautomatyzowany proces stworzenia deepfake'a nie będzie miał charakteru twórczego. Faktycznym twórcą deepfake'a będzie odpowiednio zaprogramowana do tego aplikacja. Czynności osoby fizycznej (użytkownika aplikacji, programu) nie będą zawierały ani oryginalnego, ani indywidualnego, przemyślanego intelektualnie wkładu, co dotychczasowe orzecznictwo uznało za warunek powstania utworu (sygn. akt I ACa 121/15; zob. też sprawa C-5/08). Samodzielny charakter działania technologii deepfake skutkować będzie uznaniem takiej twórczości za domenę publiczną – dobra wolne, z których można korzystać bez ograniczeń prawnoautorskich (nie naruszając praw osób trzecich). Tak powstałe zjawisko nie będzie podlegało zatem ochronie prawnoautorskiej (por. Barta, Markiewicz 2019: 107). W drugim przypadku, nie jest to oczywiste, czynności twórczych co do zasady dokonuje program w zakresie stworzenia deepfake'a z wprowadzonych materiałów przez człowieka. Natomiast, jeśli jest to możliwe w programie (narzędzie) lub na stworzony deepfake złożą się również elementy modyfikacji wprowadzone przez człowieka zgodnie z jego własnym pomysłem. Wydaje się, że taki wytwór również zawiera oryginalny charakter oraz przesłanki twórczej pracy człowieka – za bezprzedmiotowe aktualnie należy uznać współautorstwo programu ([W doktrynie podnoszone są argumenty za możliwością nadania AI osobowości prawnej], zob. Flaga-Gieruszyńska, Gołaczyński, Szostek [red.] 2019: 23-37). Wątpliwości mogą również dotyczyć używania programu jedynie jako narzędzia do stworzenia deepfake'a. Z jednej strony autor nie decyduje o finalnej wersji deepfake'a, z drugiej – wprowadzone przez niego dane determinują pracę programu. Ponadto użytkownicy korzystający z programu używają go tylko w takim zakresie, w jakim pozwala umowa licencyjna, w granicach której właściciel – użytkownik aplikacji – nabywa prawa do modyfikowania, tworzenia treści. Jeśli zatem użytkownik ma możliwość wykonania samodzielnie treści przy użyciu programu (w tym ma istotny wpływ na strukturę, wygląd treści), treść taka mogłaby zostać uznana za utwór, zaś użytkownik aplikacji za współautora. Jeśli zaś użytkownik aplikacji korzysta z gotowych szablonów i jego czynności sprowadzają się jedynie do wybierania, mieszania dostępnych w aplikacji wzorców, wówczas taka treść nie będzie miała charakteru twórczego. W judykaturze pojawił się pogląd, zgodnie z którym wykreowana treść

przy wykorzystaniu danych dostępnych publicznie (np. zdjęć, filmów) będzie stanowiła utwór, jeśli segregacja tych danych będzie miała charakter oryginalny (sygn. akt I CK 281/05). Dla oryginalności danego utworu wystarczy jeden charakterystyczny element określający pozostałe w zaplanowanej przez autora postaci (Barszczewski 2007: 71). Zatem w takiej sytuacji należy każdorazowo ocenić na ile użytkownik programu wykazał się twórczością, ile elementów danej treści mogło powstać jedynie dzięki pomysłowi użytkownika aplikacji (Barta, CzajkowskaDąbrowska, Cwiąkański, Markiewicz, Traple [red.] 2005: 68). Trzeci przypadek odnosi się do sytuacji twórcy-programisty tworzącego oryginalny program automatycznie tworzący deepfake'i określonej treści. Zgodnie z art. 1 ust. 2 pkt 1 u.p.a.p.p. program komputerowy stanowi odrębną kategorię utworów mających charakter użytkowy, który podlega ochronie prawnoautorskiej. Program ten musi spełniać przesłanki utworu z art. 1 ust. 1 u.p.a.p.p. Natomiast w świetle art. 8 u.p.a.p.p. dysponentem autorskich praw osobistych i majątkowych do programu, a także do pożytków wynikających z jego eksploatacji co do zasady będzie programista. Programista może przekazać swoje prawa majątkowe autorskie do programu oznaczonej osobie (użytkownikowi). Przy czym swobodę korzystania z programu przez użytkownika ograniczać będą postanowienia umowy licencyjnej zawartej z programistą oraz przepisy ustawy. W myśl art. 74 ust. 4 u.p.a.p.p. prawa autorskie majątkowe do programu obejmują możliwość zwielokrotnienia programu komputerowego, tłumaczenia, przystosowywania, zmiany układu lub jakichkolwiek innych zmian w programie komputerowym, z zachowaniem praw osoby, która tych zmian dokonała, oraz rozpowszechniania, w tym użyczenia lub najmu programu komputerowego lub jego kopii.

Analiza powyższych twierdzeń prowadzi do wniosku, że podmiotem odpowiedzialnym za deepfake w zależności od okoliczności potencjalnie powinien być: twórca programu („producent”), *in solidum* twórca programu („producent”) i twórca deepfake'a, a także sam twórca deepfake'a. Obecnie twórca programu nie będzie odpowiadać na podstawie art. 449. Ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, dalej: k.c. Przepis ten nie znajduje zastosowania do programów komputerowych (Pietrzykowski 2020: nb. 26). Wobec tego wydaje się, że aktualnie bezprzedmiotowa staje się próba przypisania twórcy programu odpowiedzialności za delikty wynikające z jego eksploatacji.

Odnosząc się do europejskiego systemu prawnego, w 2020 r. Parlament Europejski wydał projekt rezolucji parlamentu europejskiego z zaleceniami dla Komisji w sprawie systemu odpowiedzialności cywilnej za sztuczną inteligencję (Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 20 października 2020 r. z zaleceniami dla Komisji w sprawie systemu odpowiedzialności cywilnej za sztuczną inteligencję [Dz.U. UE. C. z 2021 r. Nr 404.] dalej: projekt rezolucji). W projekcie rezolucji wskazano na dwa rodzaje odpowiedzialności – na zasadzie ryzyka i na zasadzie winy. Odpowiedzialność na zasadzie ryzyka odnosi się tylko do wdrażających systemy wysokiego ryzyka, w tym wymieniono katalog takich systemów. Uznano też, że w szczególnych przypadkach, kiedy nie można wykryć osoby trzeciej, konieczne jest dodanie przepisów dotyczących odpowiedzialności w celu uzupełnienia istniejącego krajowego prawa deliktów. Natomiast w 2021 r. Komisja Europejska opublikowała projekt rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiający zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji

(Wniosek w sprawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji [*Artificial Intelligence Act*] i zmieniającego niektóre akty ustawodawcze Unii, COM(2021) 206 final, 21.04.2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?qid=1623335154975&uri=CELEX%3A52021PC0206>, dalej: projekt rozporządzenia), zmieniający niektóre akty ustawodawcze Unii w sprawie sztucznej inteligencji. W projekcie wskazuje się szereg proponowanych rozwiązań prawnych, mających na celu regulowanie kwestii tworzenia deepfake'ów w celach gospodarczych. Przykładowo, *in fine* art. 52 pkt 3 projektu rozporządzenia, projekt nakłada obowiązek poinformowania odbiorcy, że dane treści zostały wygenerowane lub zmanipulowane przez system sztucznej inteligencji. Przepis przewiduje jednocześnie wyłączenie bezprawności „[...] jeśli [nośnik informacji w postaci deepfake'a] stanowił będzie wykonywanie prawa do wolności wypowiedzi i prawa do wolności sztuki i nauki zagwarantowanych w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej z zastrzeżeniem odpowiednich gwarancji zabezpieczających prawa i wolności osób trzecich” (art. 52 pkt 3 *in fine* projektu rozporządzenia). Projekt rozporządzenia zawiera nawet definicję legalną deepfake'a, na gruncie omawianej regulacji zgodnie z językową treścią przepisu definicja legalna będzie odnosiła się do deepfake'a, który znajdzie zastosowanie w obrocie gospodarczym. Ponadto *in principio* zgodnie z art. 52 pkt 3 projektu rozporządzenia oznacza: „[...] system sztucznej inteligencji, który generuje obrazy, treści dźwiękowe lub treści wideo, które ludzko przypominają istniejące osoby, obiekty, miejsca lub inne podmioty lub zdarzenia, lub który tymi obrazami i treściami manipuluje, przez co osoba będąca ich odbiorcą mogłaby niesłusznie uznać je za autentyczne lub prawdziwe („deepfake”) [...]”. Definicja legalna zaproponowana w projekcie ujmuje szeroko zakres treści składający się na deepfake'a, nie ograniczając go jedynie do wizerunku człowieka (obiekty, miejsca, inne przedmioty, zdarzenia). Przyszłe regulacje AI ukierunkowane będą na: istnienie funkcjonowanie i rozwój nowych technologii, przy zabezpieczeniu interesów zarówno osób fizycznych, jak i ogółu społeczeństwa. Bezspornie, problemy prawne, jakie mogą wyniknąć w związku ze stosowaniem technologii deepfake, to nieuczciwe praktyki rynkowe, marketing, reklamy wprowadzające w błąd, inne podobne praktyki naruszające dobre obyczaje (Kidyba 2018: 217), w tym również naruszenie praw do wizerunku osoby fizycznej. Regulacje unijne w zakresie technologii deepfake zmierzać będą do określenia odpowiedzialności za naruszenia wywołane przez deepfake. Jednocześnie aktualnie trudno ocenić definitywnie, w jaki sposób regulacje unijne będą dookreślać odpowiedzialność za takie naruszenie, a tym samym, czy wywołają kolizję z dotychczasowymi regulacjami krajowymi.

4. Współczesne ujęcie prawa do wizerunku, zasady ochrony wizerunku na gruncie prawa prywatnego

Zarówno w polskim, jak i unijnym prawie brak definicji legalnej pojęcia wizerunku. Liczne definicje wizerunku wypracowała doktryna i judykatura. Dla potrzeb niniejszej publikacji należy wyróżnić kilka zasadniczych wspólnych cech ujęcia wizerunku *in abstracto*: wizerunek jest wartością związaną z osobą fizyczną (por. sygn. akt. I CKN 100/01: zob. też Markiewicz [red.] 2021: 1918; Osajda [red.] 2021: nb. 91); wizerunek jest dobrem niematerialnym – wizerunkiem określa się fizyczny obraz człowieka oraz cechy szczególne,

charakterystyczne dla danej osoby, w tym przyjmuje się także charakterystyczną prezentację osoby – dodatkowe utrwalone elementy wizerunku, takie jak ubiór, charakteryzacja (Grzybowski 1957: 96); wizerunek osoby może zostać utrwalony na jakimkolwiek materialnym nośniku (Święcicka, Święcicki 2004: 140); wizerunek musi być możliwy do zidentyfikowania przez grupę odbiorców, przy czym podkreśla się, że wystarczy zobiektywizowana wąska grupa – współpracownicy, znajomi (Niewęglowski 2021: 919). Zbiorczo wizerunek można spróbować określić jako formę-wzór myślowy, który umożliwia jednemu człowiekowi wyobrażenie, skategoryzowanie i utożsamienie z innym człowiekiem. Szczegółowy opis czyjegoś wizerunku może pełnić funkcję podobną jak desygnat, który pozwala zidentyfikować konkretny podmiot poprzez nazwę. Pośrednim elementem związanym z wizerunkiem będą również emocje towarzyszące odbiorcy wizerunku, jego własne odczucia związane z wyobrażeniem o innej osobie.

Wizerunek człowieka i kwestia jego ochrony w doktrynie prawa prywatnego powoduje wiele wątpliwości zarówno w teorii, jak i w praktycznym stosowaniu prawa. Przede wszystkim trudności stwarza dwutorowość uregulowań prawa do wizerunku – cywilnoprawna konstrukcja wizerunku i jego ochrony zawarta w Kodeksie cywilnym (art. 23, art. 24, art. 448 k.c.) oraz konstrukcja wizerunku i jego ochrony zawarta w Ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych (art. 81 i art. 83 w zw. z art. 78 u.p.a.p.p.) (Matlak 2004: 321). Istnieją koncepcje, że przepisy prawa cywilnego autonomicznie chronią wizerunek jako ideę – wartość, niematerialne, niemajątkowe prawo podmiotowe osoby fizycznej wywodzące się z godności człowieka, wygasające z chwilą jego śmierci (sygn. akt VI ACA 1781/15). Natomiast przepisy prawa autorskiego w założeniu miałyby chronić tylko wizerunek rozumiany jako odzwierciedlenie obrazu fizycznego człowieka – utwór (np. obraz, fotografia) postrzegany za dobro o charakterze majątkowym (sygn. akt V ACA 814/12). Jednak – jak słusznie zauważa wielu przedstawicieli doktryny – rozróżnienie takie, chociaż pożądane, w obecnym stanie prawnym nie może mieć miejsca (Szatkowska [red.] 2020: 22–23). Przyjmuje się, *lege non distinguente*, że w świetle art. 81 u.p.a.p.p., skoro rodzaj wizerunku nie został uszczegółowiony w ustawie, jest on chroniony na podstawie prawa cywilnego oraz prawa autorskiego, i stanowi prawo niemajątkowe (Markiewicz [red.] 2021: 1916). Ochrona zawarta w Kodeksie cywilnym chroni sam fakt utrwalenia wizerunku i z tym związane dobra osobiste człowieka, takie jak cieś, prywatność, czy uprawnienie do niezakłóconego kultu pamięci osoby zmarłej (sygn. akt VI ACA 595/17). Wskazany wyżej pogląd ma potwierdzenie w art. 24 § 3 k.c., zgodnie z którym przepisy regulujące dobra osobiste nie uchybiają uprawnieniom przewidzianym w innych przepisach, w szczególności w prawie autorskim oraz w prawie wynalazczym. Przepis jednocześnie daje pierwszeństwo ochrony wizerunku przez prawo cywilne, natomiast subsydiarnie ochrona ta zapewniona jest w innych przepisach prawa. Zatem podstawową regulację prawa do wizerunku stanowią przepisy Kodeksu cywilnego uzupełniane przepisami szczególnymi. Szczególną ochronę realizować będą między innymi przepisy prawa autorskiego zapewniające ochronę przed rozpowszechnianiem wizerunku (Markiewicz [red.] 2021: 1918–1919). Przesłanki ochrony wizerunku chronią to samo dobro pomimo różnych podstaw zastosowania, czego skutkiem jest możliwość domagania się dodatkowej ochrony prawa do wizerunku (naruszenie

wizerunku przez rozpowszechnianie z jednoczesnym nieingerowaniem w dobra osobiste lub naruszenie wizerunku przy nieuprawnionej ingerencji w dobra osobiste, przy stosowaniu się do zasad ochrony wizerunku w prawie autorskim). Odrębną kwestię stanowi ochrona wizerunku po śmierci. Wizerunek zmarłego (w tym postaci historycznych) nie podlega szczególnej ochronie prawnej, do wyjątku należy ochrona wizerunku Fryderyka Chopina uregulowana specjalną ustawą o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina (Ustawa z dnia 3 lutego 2001 r. o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina). Wizerunek rozumiany jako dobro osobiste zmarłego wygaśnie wraz ze śmiercią uprawnionego (art. 23 k.c. i wnioskując *a contrario* art. 8 k.c.). Pośrednią ochronę czci zmarłego zapewnią roszczenia z tytułu naruszenia dóbr osobistych zainteresowanych osób bliskich (prawo do więzi ze zmarłym czy prawo do poszanowania pamięci o zmarłym). W doktrynie podnoszona jest jednak wątpliwa ochrona wizerunku zmarłego przed rozpowszechnianiem. Ochronę taką miałyby zapewniać norma wynikająca z wykładni porównawczej przepisów art. 83 u.p.a.p.p. w zw. z art. 78 ust. 1 i 2 u.p.a.p.p. lub art. 83 u.p.a.p.p. w zw. z art. 78 ust. 1 w zw. z art. 82 u.p.a.p.p. Językowa treść przywołanych przepisów prowadzi do wniosku, że w przypadku śmierci osoby, której wizerunek rozpowszechniono, brakowałoby podmiotu legitymowanego czynnie do wystąpienia z roszczeniami wskazanymi w art. 83 w zw. z ust. 1 art. 78 u.p.a.p.p. Wizerunek ma charakter niemajątkowy, jest to prawo ściśle osobiste, niezbywalne, niedziedziczne i wygasa wraz ze śmiercią podmiotu uprawnionego (Matlak 2004: 326). Pogląd ten należy podzielić. Wskazana konstrukcja może powodować zastrzeżenia systemowe, będzie ona sprzeczna przede wszystkim z celami regulacji oraz z klasycznym podziałem na prawa majątkowe i niemajątkowe. Nie można uznać, że konstrukcja ochrony wskazana przez ustawodawcę do stanów faktycznych związanych z prawami majątkowymi będzie właściwa do oceny stanów faktycznych związanych z ochroną praw niemajątkowych. Konstrukcja ta nie rozstrzyga dostatecznie braku legitymacji czynnej potencjalnych spadkobierców. Na gruncie obecnej ustawy o prawie autorskim nie jest możliwe wyprowadzenie nawet wykładnią systemową normy statuującej majątkowy charakter prawa do wizerunku lub majątkowych elementów związanych z naruszeniem wizerunku, tym samym nie jest możliwe dziedziczenie tych praw zgodnie z art. 922 § 2 k.c. Stanowisko to znajduje także potwierdzenie w orzecnictwie (sygn. akt ACz 2501/14).

Za „wizerunek” potocznie można również uznać wygląd zewnętrzny postaci fikcyjnych z utworów takich jak: gry komputerowe, komiksy, kreskówki czy obrazy. W świetle przepisów prawa chodzić będzie o prawa osobiste i majątkowe twórcy do utworu. Dodać należy, że tak jak dobra osobiste, autorskie prawa osobiste mają charakter bezwzględny, są to prawa związane z osobą twórcy.

W piśmiennictwie uznaje się, że postać fikcyjna jest częścią więzi emocjonalnej twórcy do utworu, stanowi ona wytwór myślowy twórcy, a dla utworu służy jako cecha rozpoznawcza (Grzybzyk 1997: 234–235). Zatem „wizerunek” postaci fikcyjnej podlegać będzie ochronie prawnej, jeśli będzie spełniał przesłanki utworu z art. 1 u.p.a.p.p. Dysponentem praw do „wizerunku” postaci fikcyjnej będzie jej twórca. Ochrona praw do „wizerunku” postaci fikcyjnej, tak jak ochrona wizerunku osoby fizycznej, opierać się będzie na ochronie prawnoautorskiej – którą zapewnią w zależności od przypadku przepisy chroniące autorskie prawa osobiste, a także autorskie prawa majątkowe (art.

16 i art. 78 u.p.a.p.p. i art. 17, art. 79 i art. 80 u.p.a.p.p.), oraz na ochronie cywilnoprawnej (art. 23, art. 24, i art. 448 k.c.). Ochrona praw osobistych twórcy do utworu uzupełniana będzie także przepisami o ochronie dóbr osobistych z Kodeksu cywilnego, twórczość człowieka jest bowiem jednym z dóbr osobistych skatalogowanym bezpośrednio w treści art. 23 k.c. (sygn. akt I ACr 436/91). Jako przykład dóbr osobistych twórcy do dzieła wskazuje się: prawo dobrej sławy dzieła lub prawo do dobrego imienia dorobku twórcy, twórca może także przeciwdziałać zachowaniom naruszającym renomę dzieła lub reputację autora (sygn. akt I ACa 303/12).

Ostatni rodzaj wizerunku stanowić będzie wizerunek komercyjny. Obecnie wizerunek znanych osób żyjących lub zmarłych (historycznych) ma wartość rynkową, jest powszechnie wykorzystywany w reklamach, istnieje zatem silna potrzeba uznania wizerunku również za dobro o charakterze majątkowym i przyznania odpowiedniej ochrony prawnej. Jako wzorową instytucję wskazuje się amerykańskie rozwiązanie prawne – *right of publicity* (Wojewódzka 2020: 598–600). Celem *right of publicity* jest ochrona przed komercyjnym wykorzystaniem wizerunku, w tym ochrona przed uszczerbkiem majątkowym (*danum emergens, lucrum cessans*) za niezgodne z wolą zezwalającego użycie wizerunku, oraz przede wszystkim ochrona interesów majątkowych zezwalającego na użycie wizerunku (Aleksandrowicz 2015: 39). Instytucja ta stanowi prawo o charakterze majątkowym, a więc jest ono zbywalne, dziedziczne i nie wygasa wraz ze śmiercią uprawnionego. Jak słusznie podnosi się w doktrynie, wprowadzenie *right of publicity* do polskiego systemu prawnego stanowiłoby rozwiązanie kompromisowe, które usunęłoby wiele zastrzeżeń interpretacyjnych i dostosowało system prawny do współczesnej rzeczywistości (Traple 2007: 824).

Dokonana wyżej analiza prowadzi do wniosku, że brakuje jednolitego stanowiska co do określenia pojęcia wizerunku. Umieszczenie w przepisach wizerunku i jego ochrony w obydwu wspomnianych ustawach uzasadnia pogląd o niemajątkowym charakterze tego prawa. Należy podzielić stanowiska podnoszone w doktrynie, że obecne czasy wymagają stworzenia odrębnej instytucji uznającej wizerunek za prawo majątkowe i przyznające temu odpowiednią ochronę, tak jak ma to miejsce obecnie w przypadku prawa do „wizerunku” postaci fikcyjnych. Rozwiązaniem takim mogłoby być wprowadzenie do polskiego systemu prawnego instytucji wzorowanej na amerykańskim *right of publicity*.

5. Deepfake a naruszenie wizerunku

Tworzenie i rozpowszechnianie deepfake’ów może się wiązać z naruszeniem różnych przepisów. Problemy prawne w zakresie ochrony wizerunku pojawiać się będą w kilku zasadniczych obszarach: zastosowanie właściwych przepisów prawa, na których podstawie można będzie rozstrzygnąć naruszenie spowodowane przez deepfake (w tym należy każdorazowo uwzględnić przepisy regulaminu strony internetowej na której został rozpowszechniony); określenie prawa właściwego do rozstrzygnięcia sporu (naruszenie wizerunku odbywać się będzie w przestrzeni internetowej – brak terytorium), ponadto trudności może stwarzać ustalenie odpowiednich norm kolizyjnych, norma wynikająca z konwencji czy norma ustawowa (Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. z 2015 r. poz. 1792.)) (Rycko 2018: 81–83). Kolejne problemy dotyczyć będą wskazania podmiotu odpowiedzialnego za naruszenia

wywołane przez deepfake'a – dokładne ustalenie podmiotu odpowiedzialnego za stworzenie i pierwsze rozpowszechnienie deepfake'a w sieci może okazać się niemożliwe. Problemy dotyczyć będą także wykorzystania zdjęć lub filmów stanowiących pierwotne dane, na podstawie których stworzono deepfake. Ponadto problematyczne może okazać się wykazanie przesłanki wystąpienia zagrożenia lub naruszenia dóbr osobistych albo określenia odpowiedniego dobra osobistego stanowiącego podstawę roszczenia, w tym określenia granic okoliczności wyłączających bezprawność naruszonego wizerunku, czy też wskazania osób legitymowanych czynnie do wystąpienia z powództwem o ochronę wizerunku osoby zmarłej.

W dalszej części zostaną poddane analizie przykłady kilku możliwych przypadków, wraz z próbą ich rozwiązania.

Pierwsza podstawowa sytuacja będzie dotyczyła wykorzystania przez podmiot naruszający zdjęcia wizerunku osoby pokrzywdzonej udostępnione w mediach społecznościowych do stworzenia deepfake'a. Deepfake będzie miał charakter prześmiewczy, obraźliwy. We wskazanym stanie faktycznym sposób ochrony będzie następujący: rozpowszechnianie deepfake'a ze zdjęciami wizerunku osoby pokrzywdzonej naruszy art. 81 u.p.a.p.p., wizerunek wykorzystano bez zgody pokrzywdzonego, nie ma znaczenia sposób jego wykorzystania; dodatkowej ochrony pokrzywdzony będzie mógł się domagać na podstawie Kodeksu cywilnego, jeśli wykaże, że działania podmiotu naruszyły jego dobra osobiste (tj. udowodni istnienie dobra osobistego i naruszenie lub zagrożenie tego dobra). Ponadto osoba pokrzywdzona w razie wątpliwości co do rodzaju naruszonego dobra osobistego będzie mogła wnieść do sądu powództwo o ustalenie istnienia prawa zgodnie z art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (przy czym powód pokrzywdzony będzie musiał wykazać swój interes prawny w ustaleniu tego prawa). W praktyce próby zastosowania wskazanych wyżej środków ochrony mogą okazać się niemożliwe. Szczególnie jeśli chodzi o prawidłową identyfikację podmiotu legitymowanego biernie, gdy deepfake zostanie udostępniony anonimowo na portalu internetowym. Odpowiedzialność z tytułu art. 81 u.p.a.p.p. każdorazowo ponosić będą osoby rozpowszechniające deepfake'a. Dodać należy, że za rozpowszechnianie przyjmuje się również zamieszczanie tzw. głębokiego linku (*deep link*), który pozwala użytkownikom otwarcie rekomendowanej witryny z pominięciem struktury nawigacyjnej innego portalu (sygn. akt I ACa 564/04). Na gruncie Kodeksu cywilnego nie będzie możliwe domaganie się roszczeń niemajątkowych. Zgodnie z art. 24 k.c. odpowiedzialna jest jedynie osoba, która dopuściła się naruszenia. Pokrzywdzony będzie mógł się dochodzić jednak roszczeń o charakterze majątkowym, o ile wykaże, że pozwany rozpowszechniający przyczynił się do naruszenia dóbr osobistych (art. 448 i art. 422 k.c.). Odpowiedzialnością za opublikowanie deepfake'a może zostać obciążony administrator portalu internetowego świadczący usługę *hostingu* (sygn. akt I ACa 974/17). Administrator będzie odpowiadać za zaniechanie, wnioskując *a contrario* na podstawie art. 14 i art. 15 Ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (dalej: u.s.u.d.e.), w zw. z art. 448 i art. 422 k.c.

Druga sytuacja odnosi się do podobnego stanu faktycznego, jednak przyjmując, że wizerunek dotyczy zdjęć osoby zmarłej (historycznej). W tym

przypadku nie będzie możliwości ochrony na zasadach prawa autorskiego, ponieważ – jak już zostało stwierdzone – brakuje podmiotu legitymowanego czynnie do wystąpienia z roszczeniami z art. 83 w zw. z art. 78 ust. 1 u.p.a.p.p. Ochrona zostanie zapewniona jedynie na podstawie Kodeksu cywilnego. Tak jak w pierwszym kazusie, jeśli niemożliwe będzie pociągnięcie do odpowiedzialności faktycznego naruszcyciela prawa do wizerunku, bliscy zmarłego będą mogli domagać się usunięcia ze strony internetowej deepfake'a oraz roszczeń jedynie od administratora portalu internetowego za publikowane treści godzące w ich dobra osobiste (wnioskując *a contrario* art. 14 i art. 15 u.ś.u.d.e. w zw. z art. 448 i art. 422 k.c.).

Trzecia sytuacja odnosić się będzie do wykorzystania wizerunku osoby fizycznej, która zgodziła się na pozowanie do deepfake'a, a następnie na jego opublikowanie, jednak wykorzystanie tego wizerunku będzie sprzeczne z postanowieniami umowy. Utrwalanie i rozpowszechnianie wizerunku w określonych okolicznościach będzie dopuszczalne prawnie; szczególną uwagę należy zwrócić na przesłankę oświadczenia o wyrażeniu zgody na utrwalanie i rozpowszechnianie wizerunku. Przepisy dość ogólnie wskazują wymogi co do złożenia oświadczenia. Oświadczenie o wyrażeniu zgody udostępniającego wizerunek będzie dotyczyło również jego rozpowszechniania, ale podstawy tych dwóch oświadczeń woli mogą być także udzielone rozłącznie, odrębnie na utrwalanie wizerunku (art. 24 k.c.), odrębnie na jego rozpowszechnianie (art. 81 u.p.a.p.p.). W obydwu przypadkach ustawy nie normują formy szczególnej złożenia oświadczenia woli. Udostępniający wizerunek może zatem złożyć oświadczenie w sposób dowolny, ciężar dowodowy istnienia oświadczenia będzie spoczywał na tym, kto będzie chciał się na niego powołać (art. 6 k.c.). Oświadczenie to powinno wyczerpująco określać zakres udzielanej zgody: wskazywać, kto jest uprawniony do utrwalenia i rozpowszechniania wizerunku, określać czas rozpowszechniania wizerunku, a także miejsce publikacji (sygn. akt I ACa 1044/97). Udostępniający wizerunek może również zobowiązać się wobec przyjmującego oświadczenie, że na czas trwania złożonego oświadczenia nie wykorzysta uprawnień do jego odwołania, jeżeli zaś udostępniający odwoła oświadczenie, będzie odpowiadać *ex contractu* (art. 471 k.c.). Jeśli przy podjęciu decyzji przez udostępniającego albo przy wyrażeniu woli wystąpią nieprawidłowości, to zgodnie z art. 65. k.c. do omawianych oświadczeń znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy o wadach oświadczenia woli.

Czwarta sytuacja będzie dotyczyć wykorzystania wizerunku powszechnie znanej postaci fikcyjnej do stworzenia deepfake'a bez uprzedniego uzyskania zgody twórcy. Twórca postaci fikcyjnej będzie mógł domagać się ochrony praw do postaci na podstawie roszczeń ochronnych, osobistych i majątkowych praw autorskich oraz ochrony dóbr osobistych twórcy. Tak samo jak przy ochronie wizerunku *sensu stricto*, osoba tworząca i rozpowszechniająca deepfake'a będzie mogła wykorzystać wizerunek (prawa autorskie do postaci fikcyjnych), jeśli w przypadku praw majątkowych uzyska zgodę twórcy (art. 17 u.p.a.p.p.), albo będzie korzystać z utworu w granicach dozwolonego użytku (art. 23–35 u.p.a.p.p.). Natomiast roszczenia twórcy z tytułu autorskich praw osobistych lub dóbr osobistych mogą zostać zredukowane umową stron, na mocy której twórca postaci fikcyjnej zobowiązuje się nie wykonywać swoich niemajątkowych praw;

wskutek niewykonania umowy twórca postaci fikcyjnej będzie odpowiadać *ex contractu* (art. 471 k.c.).

Piąta sytuacja dotyczyć będzie stworzenia i wykorzystania wizerunku osoby powszechnie znanej w nieuczciwej reklamie w formie deepfake'a, która wprowadzi konsumenta w błąd. Co do zasady wizerunek osoby znanej publicznie, przykładowo polityka, celebryty, nie będzie wymagał uzyskania zezwolenia na rozpowszechnianie, jeżeli wizerunek wykonano w związku z pełnieniem przez nią funkcji publicznych, w szczególności politycznych, społecznych, zawodowych. Do stworzenia deepfake'a mogą być wykorzystane zdjęcia lub filmy zgodne z dyspozycją art. 81 ust. 2 pkt 1 u.p.a.p.p., jednak takie działanie będzie niezgodne z celem wskazanej regulacji, brakować będzie podstawy do uznania takiej sytuacji za wyłączenie wymaganego w przepisie uzyskania zezwolenia (sygn. akt I CSK 497/18). Celem stworzenia deepfake'a we wskazanym stanie faktycznym będzie jego komercyjne wykorzystanie, naruszy on dobra chronione podmiotów: wizerunek osoby znanej publicznie oraz prawo konsumenta (grupy konsumentów) do rzetelnej i prawdziwej informacji na temat produktu (art. 2 pkt. 2 i 12 Ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym [Dz.U. z 2017 r. poz. 2070.], w zw. z art. 221 k.c.) oraz prawo przedsiębiorcy-konkurenta (grupy przedsiębiorców-konkurentów) do prowadzenia niezakłóconej, konkurencyjnej działalności gospodarczej (art. 2 i 18 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Przedstawiona powyżej próba rozwiązania kilku przykładowych kazusów nie rozstrzyga wszystkich wątpliwości, jakie powodują analizowane instytucje prawne. Należy stwierdzić, że istnieją podstawowe mechanizmy ochrony prawa do wizerunku, ale nie jest możliwa bezpośrednia subsumpcja stanu faktycznego do norm prawnych. Wyinterpretowanie norm prawnych może być zatem niejednoznacznie oceniane z punktu widzenia poglądów doktryny i orzecznictwa. Taki stan rzeczy nie będzie sprzyjać pewności prawa. Problem pojawia się przy określeniu odpowiedzialności AI oraz wskazaniu podmiotów legitymowanych biernie. AI nie ma zarówno w prawie krajowym, jak i europejskim osobowości prawnej, w związku z czym odpowiedzialność za naruszenie wizerunku może ponosić tylko osoba fizyczna lub osoba prawna (niepełna osoba prawna), która się nią posługuje. Podmiot dochodzący odpowiedzialności majątkowej z tytułu naruszenia prawa do wizerunku każdorazowo będzie musiał wykazać winę sprawcy. W świetle powyższych uwag wydaje się, że celowe byłoby (co jest podnoszone w doktrynie) wprowadzenie odpowiedzialności na zasadzie ryzyka użytkownika AI oraz twórcy programu. Pokrzywdzony nie zawsze będzie w stanie wskazać osobę odpowiedzialną za naruszenia prawa do wizerunku, więc domaganie się w danych okolicznościach roszczeń niemajątkowych nie będzie możliwe do wyegzekwowania. Uszczegółowienia wymagałyby również przepisy wyłączające bezprawność zachowania sprawcy naruszającego wizerunek. Ponadto w systemie prawnym brakuje jednolitych przepisów, które umożliwiłyby komercyjne wykorzystanie wizerunku (wprowadzenie *right of publicity*). Uzasadnione byłoby również doregulowanie formy szczególnej zawarcia umowy o komercyjne wykorzystanie wizerunku.

Zakończenie

Analiza naruszenia wizerunku wskutek wykorzystania technologii deepfake na gruncie prawa prywatnego prowadzi do następującego wniosku – wizerunek należy postrzegać przez pryzmat dwóch płaszczyzn:

– Płaszczyzna ustawowa – wizerunek w funkcjonującym prawie oznacza dobro niemajątkowe (niezbywalne, niedziedziczne, wygasające wraz ze śmiercią) osoby fizycznej, osoba fizyczna jest dysponentem tego dobra, może zdecydować o jego utrwaleniu oraz o jego rozpowszechnianiu, prawo zapewnia ochronę tak rozumianego wizerunku.

– Płaszczyzna pozaustawowa – wizerunek w wymiarze rzeczywistym, dostosowany do współczesnego społeczeństwa. Ma on charakter komercyjny, stanowi narzędzie do reklamowania towarów i usług. Postrzega się go za prawo majątkowe (zbywalne, dziedziczne, niewygasające wraz ze śmiercią) osoby fizycznej, którego naruszenie wiąże się ze skutkami powstania szkody majątkowej. Charakter komercyjny rozciąga się nawet na „wizerunek” postaci fikcyjnych.

Ponadto wizerunek obecnie podlega zagrożeniom ze strony nowych technologii. Technologia deepfake dotyczy przetwarzania wizerunku (a także innych obiektów) za pomocą AI w celu przygotowania i przedstawienia określonej informacji odbiorcy lub grupie odbiorców. Deepfake to przede wszystkim nośnik informacji określonej treści, może stanowić rodzaj memu internetowego albo profesjonalny film reklamowy. Bez wątpienia dotychczasowy sposób wykorzystania tej technologii świadczy o potencjalnym zagrożeniu dla dóbr osobistych osób fizycznych, a w szczególności wizerunku. Jednocześnie należy stwierdzić, że brakuje jednoznacznych uregulowań co do określenia prawa właściwego do rozstrzygania sporów z deliktów popełnionych w przestrzeni internetowej. Nie ma również uregulowań, które konkretyzowałyby odpowiedzialność za naruszenie prawa do wizerunku w Internecie. Problem związany z naruszeniem wizerunku przez nowe technologie w istocie rzeczy sprowadza się do określenia odpowiednich źródeł prawa służących jego ochronie. Wizerunek i prawa z nim związane uregulowane są w sporej liczbie aktów normatywnych, jednak w żadnym z aktów wizerunek nie został uregulowany kompleksowo i na tyle kazuistycznie, żeby spełniał wymagania współczesnego społeczeństwa. W praktyce zastosowanie funkcjonujących przepisów prawa w odniesieniu do wizerunku rozumianego współcześnie prowadzi do wielu, często sprzecznych wykładni przepisów, a tym samym do powstawania wielu sprzecznych norm prawnych. Charakter technologii deepfake, jego publiczno-internetowa sfera oddziaływania skłania do refleksji nad bardziej szczegółowym uregulowaniem wizerunku i jego ochrony. Ewentualnie należałoby się zastanowić nad uogólnieniem już funkcjonujących przepisów prawa i tym samym zwiększyć zakres interpretacji norm przez podmioty praktycznie stosujące prawo.

Wykaz skrótów

Akty prawne

k.c. – Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny

k.p.c. – Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego

u.p.a.p.p. – Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. – Prawo autorskie

u.ś.u.d.e. – Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. – o świadczeniu usług drogą elektroniczną

Inne

AI – Sztuczna Inteligencja

SN – Sąd Najwyższy

SA – Sąd Apelacyjny

TSUE – Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Akty prawne

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny. Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.

Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego. Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913, z 2021 r. poz. 1655.

Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Dz.U. z 2021 r. poz. 1062, z 2022 r. poz. 655.

Ustawa z dnia 3 lutego 2001 r. o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina. Dz.U. z 2021 r. poz. 1578.

Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Dz.U. z 2020 r. poz. 344.

Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Dz.U. z 2017 r. poz. 2070.

Dokumenty UE

Wniosek w sprawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji (akt w sprawie sztucznej inteligencji) i zmieniającego niektóre akty ustawodawcze Unii, COM (2021) 206 final, 21.04.2021. Dostęp: 04.12.21. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?qid=1623335154975&uri=CEL>

Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 20 października 2020 r. z zaleceniami dla Komisji w sprawie systemu odpowiedzialności cywilnej za sztuczną inteligencję (2020/2014(INL)) Dz.U. UE. C. z 2021 r. Nr 404.

Orzecznictwo

Wyrok TSUE z dnia 16 lipca 2009 r., C-5/08. Dostęp: 11.12.21. LEX nr 505783

Wyrok SN z dnia 25 kwietnia 1973 r., I CR 91/73. Dostęp: 15.11.21. LEX nr 1643.

Wyrok SN z dnia 7 marca 2003 r., I CKN 100/01. Dostęp: 15.11.21. LEX nr 83833.

Wyrok SN z dnia 25 stycznia 2006 r., I CK 281/05. Dostęp: 15.02.22. LEX nr 181263.

Wyrok SN z dnia 4 grudnia 2019 r., I CSK 497/18. Dostęp: 23.03.22. LEX nr 3019499.

Wyrok SA w Warszawie z dnia 30 października 1991 r., I ACr 436/91. Dostęp: 17.11.21. LEX nr 62606.

Wyrok SA w Warszawie z dnia 12 lutego 1998 r., I ACa 1044/97. Dostęp: 15.11.21. LEX nr 81433.

- Wyrok SA w Krakowie z dnia 20 lipca 2004 r., I ACa 564/04. Dostęp: 21.01.22. LEX nr 142138.
- Wyrok SA w Białymstoku z dnia 31 lipca 2012 r., I ACa 303/12. Dostęp: 17.12.22. LEX nr 1220403.
- Wyrok SA w Gdańsku z dnia 25 października 2012 r., V ACa 814/12. Dostęp: 16.03.22. LEX nr 1305947.
- Postanowienie SA w Warszawie z dnia 7 stycznia 2015 r., I ACz 2501/14. Dostęp: 12.11.21. LEX nr 1744683.
- Wyrok SA w Warszawie z dnia 23 października 2015 r., I ACa 121/15. Dostęp: 15.12.21. LEX nr 1950255.
- Wyrok SA w Warszawie z dnia 22 lutego 2017 r., VI ACa 1781/15. Dostęp: 17.02.22. LEX nr 2402439.
- Wyrok SA w Warszawie z dnia 19 września 2018 r., VI ACa 595/17. Dostęp: 15.02.22. LEX nr 2593593.
- Wyrok SA w Warszawie z dnia 29 listopada 2018 r., I ACa 974/17. Dostęp: 18.02.22. LEX nr 2691182.

Opracowania

- Aleksandrowicz, Marta. 2015. Naruszenie wizerunku osób publicznych w reklamie. Warszawa: Helsińska Fundacja Praw Człowieka.
- Balyan, Archana. Agrawal, S.S. Dev, Amita. 2013. Speech Synthesis. A Review, International Journal of Engineering Research & Technology (IJERT) 2(6): 57–75. DOI: 10.17577/IJERTV2IS60087.
- Banaszczyk, Zbigniew. 2020. Komentarz do artykułu 4491 k.c. W: Kodeks cywilny. Komentarz, (red.) Krzysztof Pietrzykowski, Warszawa: C.H. BECK, wydanie elektroniczne LEGALIS. Dostęp: 15.11.2021.
- Barszczewski, Maciej. 2007. Atrybuty działalności intelektualnej warunkujące ochronę prawnoautorską. Glosa do wyroku SN z dnia 25 stycznia 2006 r. I CK 281/05. Gdańskie Studia Prawnicze Przegląd Orzecznictwa 4: 71–73.
- Barta, Janusz. Czajkowska-Dąbrowska, Monika. Ćwiąkański, Zbigniew. Markiewicz, Ryszard. Traple, Elżbieta (red.). 2005. Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz. Kraków: Zakamycze.
- Barta, Janusz. Markiewicz, Ryszard. 2002. Wokół prawa do wizerunku. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej 80: 11–31.
- Barta, Janusz. Markiewicz, Ryszard. 2019. Prawo autorskie. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Dąbrowska, Iwona. 2020. Deepfake, nowy wymiar internetowej manipulacji. W: Zarządzanie Mediami, t. 8(2), (red.) Bogusław Nierenberg, 96–97. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Ferenc-Szydełko, Ewa. 2021. Komentarz do artykułu 1. W: Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych Komentarz, (red.) Ewa Ferenc-Szydełko. Warszawa: C.H. BECK, wydanie elektroniczne LEGALIS. Dostęp: 15.11.2021.
- Grzybczyk, Katarzyna. 1997. Prawnoautorska ochrona postaci fikcyjnej. Monitor Prawniczy, 6: 234–239.
- Grzybowski, Stefan. 1957. Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych Kodeksu cywilnego. Warszawa: Wydawnictwa Prawnicze.

- Grzybowski, Stefan. Kopff, Andrzej. Serda Jerzy. 1973. Zagadnienia prawa autorskiego. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Hardie, Cate. Fahim, Dalvi. Zeshan, Hussain. 2017. DeepFace: Face Generation using Deep Learning. arXiv. DOI 10.48550/ARXIV.1701.01876.
- Kidyba, Andrzej. 2018. Prawo handlowe. Warszawa: C.H. BECK.
- Matlak, Andrzej. 2004. Cywilnoprawna ochrona wizerunku. *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 13(2): 317–358.
- Niewęglowski, Adrian. 2021. Prawo autorskie. Komentarz. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Nirkin, Yuval. Keller, Yosi. Hassner, Tal. 2019. FSGAN: Subject Agnostic Face Swapping and Reenactment. arXiv.
- Nowak-Gruca, Aleksandra. 2020. Użytkownik forever off. Wybrane problemy cyfrowego „życia po życiu” związane z ochroną wizerunku i korespondencji. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelktualnej* 147: 130–144.
- Okoń, Zbigniew. 2019. Wykorzystanie utworów dla potrzeb głębokiego uczenia w świetle europejskiego prawa autorskiego. W: *Sztuczna inteligencja, blockchain, cyberbezpieczeństwo oraz dane osobowe. Zagadnienia wybrane*, (red.) Kinga Flaga-Gieruszyńska, Jacek Gołaczyński, Dariusz Szostek, 103–114. Warszawa: C.H. BECK.
- Pązik, Adam. 2020. Komentarz do art. 81. W: *Ustawy autorskie. Komentarze*, (red.) Ryszard Markiewicz. Warszawa: C.H. BECK wydanie elektroniczne LEGALIS. Dostęp: 17.11.2021.
- Perov, Ivan. Gao, DAIheng. Chervoniy, Nikolay. Liu, Kunlin. Marangonda, Sugasa. Umé, Chris. Jiang, Jian. RP, Luis. Zhang, Sheng. Wu, Pingyu. Zhang, Weiming. 2020. DeepFaceLab: Integrated, flexible and extensible face-swapping framework. arXiv. DOI: 10.48550/ARXIV.2005.05535.
- Poźniak-Niedzielska, Maria. Szczotka, Jerzy. 2020. Prawo autorskie. Zarys problematyki. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Rycko, Nikodem. 2018. Prawo właściwe dla ochrony dóbr osobistych w wiążących Polskę dwustronnych umowach międzynarodowych. *Zeszyty Prawnicze* 18(4): 67–87. DOI: 10.21697/zp.2018.18.4.03.
- Sadomski, Jacek. 2021. Komentarz do art. 23. W: *Kodeks cywilny. Komentarz*, (red.) Konrad Osajda, Witold Borysiak. Warszawa: C.H. BECK wydanie elektroniczne LEGALIS. Dostęp: 17.11.2021.
- Szatkowska, Ewelina. 2020. Wizerunek w prawie cywilnym i prawie autorskim: zakres roszczeń. Utrwalanie a rozpowszechnianie wizerunku oraz spreczne linie orzecznicze w zakresie rozpoznawalności osoby. W: *Współczesne problemy prawa do wizerunku. Zagadnienia wybrane*, (red.) Ewelina Szatkowska. 13–38. Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego.
- Szpyt, Kamil. 2019. Sztuczna inteligencja i nowe technologie (nie zawsze) w służbie ludzkości, czyli cywilnoprawna problematyka rozwoju i popularyzacji technologii deepfake. W: *Sztuczna inteligencja, blockchain, cyberbezpieczeństwo oraz dane osobowe. Zagadnienia wybrane*, (red.) Kinga Flaga-Gieruszyńska, Jacek Gołaczyński, Dariusz Szostek, 75–94. Warszawa: C.H. BECK.
- Święcka, Krystyna, i Święcki, Juliusz. 2004. Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz – wybór międzynarodowych aktów prawnych. Warszawa: Kodeks.
- Traple, Elżbieta. 2007. Dobra osobiste w reklamie. W: *Prawo reklamy i promocji*, (red.) Elżbieta Traple. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis 811–838.

- Wasiuta, Olga. Wasiuta, Sergiusz. 2019. Deepfake jako skomplikowana i głęboko fałszywa rzeczywistość. *Annales Universitatis Paedagogicae Cracoviensis Studia de Securitate* 9(3): 19–30. DOI 10.24917/26578549.9.3.2.
- Wojewódzka, Joanna. 2020. Ochrona wizerunku jako dobra osobistego oraz jako instytucji własności intelektualnej – glosa – I ACa 137/1. *Monitor Prawniczy* 11: 597–600.
- Zieliński, Maciej. 2017. Wykładnia prawa zasady – reguły – wskazówki. Warszawa: Wolters Kluwer.

Źródła internetowe

- Deepfake For Marketing: This Israeli Startup Sells Synthetic Characters Of Real People. Dostęp: 14.11.21. <https://analyticsindiamag.com/deepfake-for-marketing-this-israelistartup-sells-synthetic-characters-of-real-people/>
- Deepfake o deepfake. Dostęp: 14.11.21. <https://www.youtube.com/watch?v=zA0W8DadBW0>
- Dwa razy więcej deepfake'ów w internecie. Jak się przed nimi bronić? Dostęp: 10.11.21. <https://superbiz.se.pl/technologie/dwa-razy-wiecej-deepfakeow-w-internecie-jak-sieprzed-nimi-bronic-aa-5qNK-fgXK-sNxf.html>
- Here Come the Fake Videos, Too. Dostęp: 04.11.21. <https://www.nytimes.com/2018/03/04/technology/fake-videos-deepfakes.html>
- Koniec DeepNude'a. Twórcy aplikacji do rozbierania kobiet wygaszają projekt. Dostęp: 04.12.21. <https://spidersweb.pl/2019/06/deep-nude-aplikacja-do-rozbierania-kobiet-zamknieta.html>